

### Präventive Sicherungshaft? Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Terrorismusabwehr

Müller, Sebastian

Veröffentlichungsversion / Published Version  
Monographie / monograph

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:  
Deutsches Institut für Menschenrechte

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Müller, S. (2006). *Präventive Sicherungshaft? Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Terrorismusabwehr*. (Essay, 4). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-316101>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights

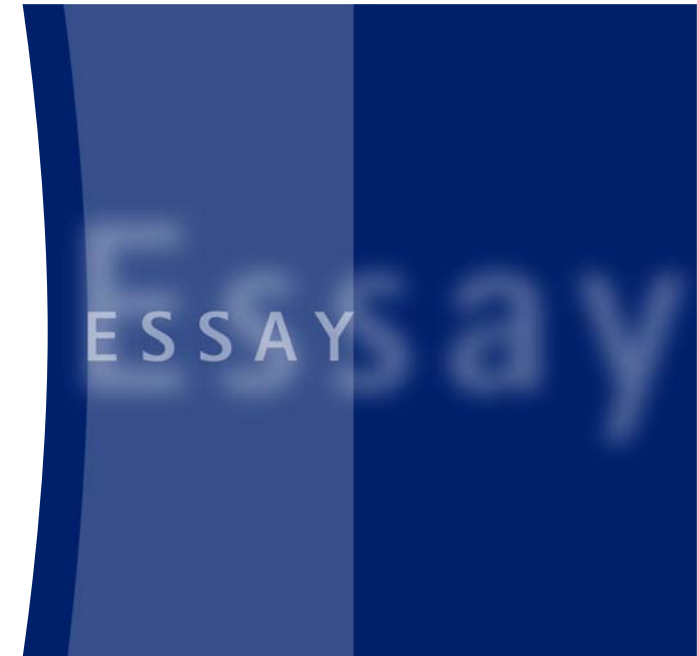
Zimmerstrasse 26/27  
D-10969 Berlin

Phone: (+49) (0)30 – 259 359 0

Fax: (+49) (0)30 – 259 359 59

[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)

Essay



## Präventive Sicherungshaft? Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Terrorismusabwehr

Sebastian Müller

## Impressum

**Deutsches Institut für Menschenrechte**  
**German Institute for Human Rights**

Zimmerstr. 26/27  
D-10969 Berlin  
Phone (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax (+49) (0)30 – 259 359 59  
info@institut-fuer-menschenrechte.de  
www.institut-fuer-menschenrechte.de

Gestaltung:  
**iserundschmidt**  
Kreativagentur für PublicRelations GmbH  
Bad Honnef – Berlin

Essay No. 4  
August 2006

ISBN 3-937714-23-5

## Der Autor

**Sebastian Müller**, Ass. jur., studierte Rechtswissenschaften, Geschichte und Politikwissenschaften in Freiburg im Breisgau, Düsseldorf und Straßburg. Seit 2003 arbeitet er schwerpunktmäßig zu menschenrechtlichen Fragen der Inneren Sicherheit. 2004 Referent bei der Integrationsbeauftragten der Bundesregierung. Seit 2005 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Deutschen Institut für Menschenrechte.

## Essay

### Präventive Sicherungshaft? Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Terrorismusabwehr

Sebastian Müller

# Präventive Sicherungshaft? Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Terrorismusabwehr

## 1 Die Kontroverse

Seit den Terroranschlägen des 11. September 2001 steht das Thema einer präventiven Sicherungshaft für Menschen, von denen man vermutet, dass sie terroristische Gewaltakte verüben könnten, auf der Agenda auch demokratischer Staaten. Bekanntestes Beispiel sind die Gefangenen einrichtungen auf dem Stützpunkt Guantanamo in Kuba, in denen die amerikanische Regierung ohne richterlichen Beschluss oder Anklage Menschen festhält, die sie mit terroristischer Gefahr in Verbindung bringt. Das australische Parlament hat im November 2005 einem Anti-Terrorismusegesetz zugestimmt, wonach den Behörden das Recht eingeräumt wird, verdächtige Ausländer/innen für unbestimmte Zeit unter

Hausarrest zu setzen.<sup>1</sup> In Großbritannien hatte die Regierung ebenfalls mit einer Sicherungshaft Terrorverdächtige festgehalten. Der Anti-Terrorism, Crime and Security Act aus dem Jahre 2001 hatte die Verwaltung ermächtigt, auf der Grundlage eines Ausweisungsbeschlusses einen Ausländer ohne zeitliche Begrenzung festzuhalten.<sup>2</sup> Nachdem das House of Lords, das höchste britische Gericht, die so genannte „Administrative Detention“ mit menschenrechtlichen Grundsätzen für unvereinbar erklärt hatte,<sup>3</sup> führte die britische Regierung mit dem Prevention of Terrorism Act 2005 eine neue Regelung ein, wonach die zuständigen Behörden als gefährlich angesehene Ausländer/innen mittels einer „control order“ in zahlreichen Lebensbereichen einschränken können.<sup>4</sup>

Auch in Deutschland wurde über die Einführung einer präventiven Sicherungshaft nachgedacht.<sup>5</sup> Bei allen Unterschieden im Detail stimmen die Vorschläge zumeist in den wesentlichen Punkten überein: Die präventive Sicherungshaft wird nur für Personen ohne deutsche Staatsbürgerschaft in Betracht gezogen, die, wie es heißt, eine Gefahr für die Mitmenschen darstellen. Voraussetzung solle sein, dass eine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist.<sup>6</sup>

Der vorliegende Text ist ein Beitrag zur Diskussion um menschenrechtliche und rechtsstaatliche Grenzen der staatlich gebotenen Terrorismusabwehr. Näherhin verfolgt der Text drei Zielsetzungen: Zum ersten soll deutlich werden, dass der Staat mit der Einführung einer präventiven Sicherungshaft neues Terrain betreten würde. Die Sicherungshaft lässt sich nicht als bloße graduelle Erweiterung von bereits bestehenden Instrumenten von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr

verstehen, sondern stellt ein Novum dar. Die zweite Zielsetzung des Aufsatzes besteht darin, das zur Begründung neuer Instrumente wie der präventiven Sicherungshaft vorgebrachte Argument, es bestehe eine „Schutzlücke“, einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Dabei wird sich zeigen, dass angesichts bereits vorhandener Instrumente von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr von einer großen Schutzlücke nicht die Rede sein kann. Die dritte und wichtigste Zielsetzung ist der Nachweis, dass eine präventive Sicherungshaft mit der Logik des freiheitlichen Rechtsstaats unvereinbar wäre. Insofern versteht sich der vorliegende Aufsatz als ein Beitrag zur Klärung der Grenzen rechtsstaatlicher legitimer Gefahrenabwehr.

## 2 Freiheitsentzug im Rechtsstaat

Freiheitsentziehende Maßnahmen<sup>7</sup> bedürfen im Rechtsstaat stets einer besonderen Recht-

1 Vgl. Anti-Terrorism Bill 2005, Division 104.4, Control Orders. The Greens, Anti Terrorism Bill 2005, <http://greens.org.au/hotissues/terrorismbill> [abgerufen am 02.07.2006].  
2 Art. 23 Abs. 1, Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001.  
3 House of Lords: Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause, A and others vs. Secretary of the State for the Home Department, 16.12.2004, UKHL 56.  
4 Art. 1 Abs. 4, Prevention of Terrorism Bill 2005. Diese Einschränkung wird derzeit vor Gericht für nicht vereinbar mit Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention angesehen. Siehe: Judge quashes anti-terror orders, BBC News, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/5125668.stm> [abgerufen am 09.07.2006].

5 Siehe: Süddeutsche Zeitung (03.08.2005), S. 5; Spiegel Online (15.09.2005): Beckstein will Integrationsverweigerer bestrafen, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,374827,00.html> [abgerufen am 02.07.2006]; Die Terrorgefahren werden in Deutschland unterschätzt, 09.09.2005, Pressemitteilung der CDU, <http://www.cdu.de/db/pabz.php?tid=88&sta=6&load=10282> [abgerufen am 02.07.2006]; Spiegel Online (27.10.2005): Union und SPD steuern auf Schilly-Kurs, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,381943,00.html> [abgerufen am 02.07.2006]. Vgl. zu dieser Diskussion auch das Interview mit Hans-Jürgen Papier. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung (25.10.2005), S. 4; und das Interview mit Winfried Hassemer. In: Die Tageszeitung 25./26.03.2006, S. 8.  
6 Anstelle dieses präventiven Ansatzes wird vereinzelt die Einführung eines neuen Straftatbestandes im Strafgesetzbuch gefordert. Danach sollen Personen beispielsweise für den Besuch eines ausländischen Ausbildungslagers für terroristische Anschläge bestraft werden. Siehe: Süddeutsche Zeitung (16.12.2005), S. 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen Straftatbestände ebenfalls an Hand des Freiheitsgrundrechts überprüft werden. Ob die Einführung eines eigenen Tatbestandes dem Bestimmtheitsgrundsatz oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Detail genügen kann, soll hier nicht genauer untersucht werden.  
7 Ein Freiheitsentzug liegt vor, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin aufgehoben wird.“ BVerfG: Beschluss vom 15.05.2002, Aktenzeichen 2 BvR 2292/00, Zeile 24. Jarass, Hans / Pieroth, Bodo (2006): Grundgesetz, Kommentar, Art. 104, Randnummer 10. Eine Freiheitsbeschränkung liegt hingegen vor, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit kurzfristig eingeschränkt wird, wie dies bei der Sistierung einer Person (Mitnahme zur Dienststelle durch Polizeikräfte) geschieht. Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung grenzt das Bundesverfassungsgericht nach der Intensität des Eingriffs ab. „Eine Freiheitsbeschränkung liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist.“ BVerfG: Beschluss vom 15. Mai 2002, Aktenzeichen 2 BvR 2292/00, Zeile 24.

fertigung. Denn für den Rechtsstaat ist die Freiheit der Person – und zwar näherhin die gleiche Freiheit eines/einer jeden – nicht nur ein Rechtsgut neben anderen. Vielmehr bildet sie den *Legitimationsgrund der rechtsstaatlichen Ordnung* im Ganzen. Die Freiheit der Person steht im engsten Zusammenhang zur Würde des Menschen, deren Achtung und Schutz nach Artikel 1 des Grundgesetzes (GG)<sup>8</sup> „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ sind. Die Würde des Menschen als eines Verantwortungssubjekts findet ihre politisch-rechtliche Anerkennung darin, dass jeder Mensch – nach Maßgabe der Gleichberechtigung – als *Subjekt rechtlicher Freiheit* zu behandeln ist.<sup>9</sup> Der Rechtsstaat definiert sich somit geradezu durch den Respekt vor der rechtlichen Freiheit des Menschen. Ihn aufzukündigen oder unter Vorbehalt zu stellen, wäre ein Bruch mit der inneren Logik der Rechtsstaatlichkeit, gegen die der Staat nicht verstoßen kann, ohne seinen rechtsstaatlichen Anspruch zu beschädigen.

Das Gebot, den Menschen stets als Rechtssubjekt zu behandeln, gilt gerade auch im Falle von Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentzug. Nach dem Selbstverständnis des Rechtsstaats sind Einschränkungen menschlicher Handlungsfreiheit stets rechtfertigungsbedürftig. Insbesondere gilt dies für die massivste Einschränkung, nämlich den längerfristigen Freiheitsentzug durch eine staatlich verfügte Haft. Allgemeine politische

Gesichtspunkte – Gemeinwohlerwägungen, Sicherheitsinteressen etc. – reichen zur Begründung nicht aus. Vielmehr ist gefordert, dass der Staat die Haft vor allem *gegenüber dem konkret betroffenen Menschen rechtfertigen kann*.

Die klassische rechtsstaatliche Grundlage des Freiheitsentzugs ist das Schuldprinzip im Strafrecht. Beim Entzug der Freiheit wird der/die Betroffene strafrechtlich gleichsam „zur Verantwortung gezogen“ und insofern als verantwortliches Rechtssubjekt anerkannt. Das strafrechtliche Schuldprinzip begrenzt zugleich das Strafmaß auf die Vergeltung der konkreten Tatschuld. Diese ist den Betroffenen in einem Strafverfahren nachzuweisen, in dem die Beweislast auf Seiten des Staates liegt und Angeklagte die reale Möglichkeit haben müssen, sich auch verfahrensrechtlich als handelndes Subjekt zu behaupten.

Die auf das Schuldprinzip gegründete Strafhaft bildet das Paradigma des rechtsstaatlichen Freiheitsentzugs. Das Bundesverfassungsgericht räumt daher dem Schuldprinzip im Strafrecht Verfassungsrang ein.<sup>10</sup> Andere Haftgründe stehen, was ihre rechtsstaatliche Legitimation angeht, auf schwächeren Füßen. Entweder befinden sie sich in engem Zusammenhang mit der Strafhaft. Dies gilt beispielsweise für die Untersuchungshaft. Oder eine Freiheitsentziehung dient der Abwehr einer unmittelbar drohenden konkreten Gefahr, lässt sich dann aber nur dadurch rechtfertigen,

dass sie dazu unmittelbar notwendig und geeignet ist. Noch einmal anders liegt die Begründung für eine Beugehaft, mit der die Betroffenen zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung veranlasst werden sollen.

Eine präventive Sicherungshaft hat per definitionem keinen Strafcharakter, so dass die im Zusammenhang des Strafrechts entwickelte rechtsstaatliche Begründung des Freiheitsentzugs nicht einschlägig ist. Sie dient der Gefahrenabwehr, die allerdings im Unterschied zu den geltenden polizeirechtlichen Möglichkeiten präventiven Gewahrsams nicht an einer akuten und unmittelbaren Gefahrenlage, sondern an einer *potenziellen zukünftigen Gefährdung* anknüpft. Darin besteht die Brisanz der präventiven Sicherungshaft für den Rechtsstaat. Die Einführung einer präventiven Sicherungshaft würde im Rahmen der deutschen Rechtsordnung ein absolutes Novum darstellen.

### 3 Worin besteht die qualitative Differenz der präventiven Sicherungshaft zu geltenden freiheitsentziehenden Regelungen?

Diejenigen, die für die Einführung einer präventiven Sicherungshaft eintreten, behaupten

gelegentlich, dass ähnliche Instrumente – wenn auch zur Abwehr anderer Gefahrenlagen – bereits im geltenden Recht existieren. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang zum Beispiel auf die Untersuchungshaft oder – mehr noch – auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung. Bei näherem Hinsehen zeigt sich indessen, dass die präventive Sicherungshaft mit diesen bestehenden Instrumenten nicht vergleichbar ist. Die präventive Sicherungshaft stellt in vieler Hinsicht ein Novum dar. Sollte sich die Politik dafür entscheiden, ein solches Instrument zur Terrorismusbekämpfung zu schaffen, würde sie tatsächlich neues Terrain betreten.

#### 3.1 Der Unterschied zu strafrechtlichen Maßnahmen

Laut Bundesverfassungsgericht verbietet es der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, „bei noch so dringendem Tatverdacht gegen den Beschuldigten im Vorgriff auf die Strafe Maßregeln zu verhängen, die in ihrer Wirkung der Freiheitsstrafe gleichkommen.“<sup>11</sup> Wegen der identischen Rechtsfolge der präventiven Sicherungshaft muss diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch für die vorliegende Frage angewendet werden. Dabei fällt besonders auf, dass der Freiheitsentzug auf der Grundlage der präventiven Sicherungshaft auf einer Gefahrenprognose beruht und nicht auf einer

<sup>8</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.07.2002.

<sup>9</sup> Siehe dazu: BVerfG: Urteil vom 21.06.1977, Aktenzeichen 1 BvL 14/76. In: BVerfGE, Band 45, S. 227–228.

<sup>10</sup> Siehe stellvertretend für viele: BVerfG: Urteil vom 21.06.1977, Aktenzeichen 1 BvL 14/76. In: BVerfGE, Band 45, S. 228.

<sup>11</sup> So das Bundesverfassungsgericht. BVerfG: Beschluss vom 15.12.1965, Aktenzeichen 1 BvR 513/65. In: BVerfGE Band 19, S. 347. Siehe auch BVerfG: Beschluss vom 16.03.2006, Aktenzeichen 2 BvR 170/06, Zeile 21: „Diese Maßnahme schon gegen einen einer Straftat lediglich Verdächtigen zu ergreifen, ist nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig.“

nachgewiesenen und schuldhaften Straftat. Der auf ihrer Grundlage ausgesprochene Freiheitsentzug kommt daher einem Vorgriff auf eine Strafe gleich, was im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht vertretbar wäre. Hinzu kommt ein weiterer Unterschied: Beim Freiheitsentzug auf Grund einer schuldhaften Straftat konkretisiert sich das Schuldprinzip, wonach nur inhaftiert werden darf, wem eine straffbare Handlung verantwortlich vorwerfbar ist. Bei der präventiven Sicherungshaft wären der betroffenen Person hingegen Handlungen vorwerfbar, die je nach Lage auf bevorstehende gefährliche Akte hindeuten, es ist aber noch nicht zur schuldhaften Verletzung von strafrechtlich geschützten Rechtsgütern gekommen.<sup>12</sup>

Es gibt allerdings auch Parallelen, die hier angesprochen werden sollen. Sie sind jedoch nicht geeignet, die beschriebenen Differenzen aufzuheben. Im Strafverfahren gibt es neben den Grundsätzen „in dubio pro reo“ und des fairen Verfahrens eine Reihe von Vorschriften, die Fragen der Beweisverwertung und des Ermittlungs- und Untersuchungs-

grundsatzes betreffen. Es bleibt im Grundsatz festzuhalten, dass diese Prinzipien in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch anwendbar sind, das bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer präventiven Sicherungshaft das einschlägige Verfahren wäre. So schreibt die Verwaltungsgerichtsordnung vor, dass das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat.<sup>13</sup> Zudem könnte daran gedacht werden, den Grundsatz „in dubio pro reo“, der sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip herleiten lässt<sup>14</sup>, für das Verfahren bei der präventiven Sicherungshaft heranzuziehen. Gleiches gilt für die Regeln über die Verwertbarkeit von Beweisen.<sup>15</sup>

### 3.2 Der Unterschied zur Sicherungsverwahrung

Auch der Einwand, dass das Strafrecht mit der Sicherungsverwahrung bereits ein ganz ähnliches Instrument bereithalte, die präventive Sicherheitshaft insofern also nichts Neues darstelle, verfängt bei genauer Analyse nicht. Nach dem neugefassten § 67 d) Abs. 3 Strafgesetzbuch (StGB)<sup>16</sup> kann das zu-

ständige Gericht zwar einen Straftäter nach Verbüßung der schuldangemessenen Strafe auf unbestimmte Zeit festhalten, wenn die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird.<sup>17</sup> Der Freiheitsentzug durch die Sicherungsverwahrung dient somit ebenfalls der Verhinderung zukünftiger Straftaten<sup>18</sup> beziehungsweise zukünftiger, prognostizierter Gefahren für die Allgemeinheit. Die damit aufgeworfenen und in Politik und Wissenschaft kontrovers diskutierten Grundfragen können hier nicht erörtert werden. Obwohl die Sicherungsverwahrung als solche nicht auf dem Schuldprinzip gründet – darin besteht die besondere rechtsstaatliche Problematik dieses Instruments –, knüpft sie jedoch an eine Verurteilung wegen einer schweren Straftat an. Dies macht den grundlegenden Unterschied zur präventiven Sicherungshaft zum Zwecke der Terrorismusabwehr aus. Mit anderen Worten: Die Gefährlichkeit der mit Sicherungsverwahrung belegten Person muss sich zumindest in einem schwerwiegenden Fall bereits nachweislich aktualisiert haben. Bei der präventiven Sicherungshaft für Terrorismusverdächtige hingegen müsste das zuständige Gericht auf der Grundlage strafrechtlich nicht relevanter Tatsachen eine Prognoseentscheidung darüber treffen, ob die betreffende Person Straftaten begehen könnte.

Ein weiterer Unterschied besteht in der Entscheidungsgrundlage. Für die Sicherungsverwahrung bestimmt das Bundesverfassungsgericht, dass besondere Anforderungen an die Wahrheitserforschung, insbesondere an die Prognosegutachten zu stellen seien: „Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf ausreichender richterlicher Sachaufklärung beruhen.“<sup>19</sup> Neben der so geforderten breiten Prognosebasis fordert das Gericht, das Gutachten auf bestimmte Mindeststandards zu überprüfen. Es muss insbesondere nachvollziehbar und transparent sein.<sup>20</sup> Die vom Gericht formulierten Voraussetzungen würden, übertragen auf das Verfahren bei der Sicherungshaft, verlangen, dass das zuständige Gericht durch die vorgelegten Unterlagen in die Lage versetzt werden muss, eine eigene Entscheidung über die Gefährlichkeit des Ausländers oder der Ausländerin zu treffen. Die Grundlage für diese Entscheidung erhält der/die Richter/in in aller Regel jedoch von Ausländerbehörden oder Polizeistationen. Der Unterschied zu dem oben aufgeführten Verfahren liegt auf der Hand. In den Fällen der Sicherungsverwahrung zieht das Gericht eine/n unabhängige/n Gutachter/in zur Klärung hinzu. In den Fällen der präventiven Sicherungshaft sind die handelnden

12 Ebenso wichtig ist der Unterschied der Pflichtverteidigung. Nach § 140 StPO (Strafprozessordnung in der Fassung vom 07.04.1987, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.08.2005) muss einem Beschuldigten in einem gerichtlichen Strafverfahren ein Verteidiger zur Seite gestellt werden, sollte er eines Verbrechens angeklagt werden. Der Sinn dieser Norm liegt darin, dass in besonders schwerwiegenden Fällen die beschuldigte Person eine wirksame Verteidigung hat (vgl. BVerfG: Beschluss vom 06.11.1984, Aktenzeichen 2 BvL 16/83. In: BVerfGE, Band 68, S. 254.). Eine vergleichbare Pflichtverteidigung, die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Form des Pflichtanwalts hätte, findet sich in der derzeitigen Fassung der Verwaltungsgerichtsordnung nicht.

13 § 86 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO): „Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen, (...)“ Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung vom 19.03.1991, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.08.2005.

14 So BVerfG: Urteil vom 03.07.2003, Aktenzeichen 1 WD 3/03, Zeile 3.

15 Siehe hierzu Kopp, Ferdinand / Schenke, Wolf-Rüdiger (2003): Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, § 98, Randnummer 4.

16 Strafgesetzbuch in der Fassung vom 13.11.1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 01.09.2005.

17 § 67d Abs. 3 StGB: „Sind zehn Jahre der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vollzogen worden, so erklärt das Gericht die Maßregel für erledigt, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden.“

18 So auch BVerfG: Urteil vom 05.02.2004, Aktenzeichen 2 BvR 2029/01, Zeile 124.

19 BVerfG: Urteil vom 05.02.2004, Aktenzeichen 2 BvR 2029/01, Zeile 114.

20 BVerfG: Urteil vom 05.02.2004, Aktenzeichen 2 BvR 2029/01, Zeile 121.

Organe von Polizei bis hin zu nachrichtendienstlichen Akteuren an dem Verfahren unmittelbar beteiligt. Es ist offensichtlich, dass sie bei der Gefahrenprognose nicht dieselbe Unabhängigkeit besitzen wie Gutachter/innen. Dies wäre rechtsstaatlich in hohem Grade bedenklich.

### 3.3 Der Unterschied zur Untersuchungshaft

Das Strafprozessrecht sieht mit der Untersuchungshaft ein weiteres Instrument vor, auf dessen Grundlage ein Gericht die Haft und damit den Freiheitsentzug anordnen kann. Wie schon bei der Sicherungsverwahrung kann das Gericht auch bei der Untersuchungshaft nur tätig werden, wenn es eine strafbare Handlung vorfindet, die es mit dem Betroffenen in Verbindung bringt. Nicht umsonst verweist das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur Untersuchungshaft daher darauf, dass der Eingriff in die Freiheit nur dann hinzunehmen sei, „wenn und soweit (...) wegen dringenden auf konkreten Anhaltspunkten gestützten Tatverdachts begründete Zweifel an der Unschuld des Verdächtigen bestehen“<sup>21</sup>. Das Bundesverfassungsgericht stützt sich vor

allem auf die Anlasstat, um den Freiheitsentzug zu rechtfertigen und zu legitimieren. Eine solche Anlasstat ist aber in den Fallkonstellationen, die im Kontext der präventiven Sicherungshaft diskutiert werden, nicht gegeben.

### 3.4 Der Unterschied zur Abschiebehaft

Die zuständigen Ausländerbehörden können nach dem geltenden Aufenthaltsgesetz Ausländer, die abgeschoben werden sollen, unter den dort genannten Voraussetzungen in Haft nehmen lassen. Zu den Gründen gehören gemäß § 62 Aufenthaltsgesetz (AufenthG)<sup>22</sup> unter anderen, dass der begründete Verdacht besteht, dass der Ausländer oder die Ausländerin sich der Abschiebung entziehen will.<sup>23</sup> Die Haft kann nach den derzeit<sup>24</sup> geltenden Bestimmungen bis zu 18 Monate dauern. Auch hier ergeben sich erhebliche rechtsstaatliche Probleme, deren Behandlung den Rahmen der vorliegenden Abhandlung allerdings sprengen würde.

Die Abschiebehaft soll die Abschiebung aus Deutschland in den Fällen ermöglichen, bei denen von Seiten der zuständigen Behörden angenommen wird, dass sie ohne die Haft

gefährdet werden könnte.<sup>25</sup> Eine völlig andere Richtung verfolgt dagegen die präventive Sicherungshaft. Sie soll, so die Befürworter, vor möglicherweise bevorstehenden Rechtsverletzungen an Leben und Eigentum schützen.<sup>26</sup>

## 4 Abwehr terroristischer Gefahren im Rahmen bestehender Bestimmungen

Eines der wichtigsten Argumente der Befürworter der präventiven Sicherungshaft lautet, dass es in der deutschen Rechtsordnung bezüglich gewaltbereiter Einzeltäter eine Schutzlücke gebe. Dieses Argument soll zum Anlass genommen werden, die schon bestehenden Bestimmungen aus dem straf- und polizeirechtlichen Bereich unter diesem Gesichtspunkt genauer zu beleuchten.

### 4.1 Strafrechtliche Bestimmungen

Ein Blick auf die bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen zeigt, dass viele der bei der Diskussion um die Abwehr terroristischer

Gefahren genannten Fallkonstellationen durchaus im Rahmen des geltenden Strafrechts angegangen werden können.

#### Bildung terroristischer Vereinigungen

Die §§ 129 a) und 129 b) StGB stellen die Bildung und Unterstützung terroristischer Vereinigungen unter Strafe. Die Tatbestände umfassen auch Handlungen, die im Zusammenhang mit ausländischen terroristischen Vereinigungen begangen werden. Damit findet sich jeder in Deutschland mit den Strafverfolgungsbehörden konfrontiert, der eine ausländische terroristische Vereinigung unterstützt, für sie wirbt oder sich an ihr beteiligt. Gleiches gilt für denjenigen, der sich im Ausland an einer terroristischen Vereinigung beteiligt hat, auch wenn er sich in Deutschland lediglich passiv verhält.<sup>27</sup> Besondere Bedeutung erlangen diese Bestimmungen im Strafprozessrecht. Wenn die Staatsanwaltschaft oder die Polizei einem Verdacht nachgehen, der auf die Begehung terroristischer Straftaten hinweist, so stehen ihnen weitreichende Überwachungsmöglichkeiten zur Verfügung. Diese reichen von der Telefonüberwachung bis hin zum großen Lauschangriff, der akustischen Wohnraumüberwachung.<sup>28</sup> Damit können die zuständigen Behörden schon jetzt nach den geltenden

21 BVerfG: Beschluss vom 15.12.1965, Aktenzeichen 1 BvR 513/65. In: BVerfGE, Band 19, S. 347–348. So auch BVerfG: Beschluss vom 16.03.2006, Aktenzeichen 2 BvR 170/06, Zeile 23.

22 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) vom 30.07.2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.03.2005.

23 Siehe § 62 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG.

24 Nach einem Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, KOM(2005), 391 end. ist dort in Art. 14 Nr. 3 die Höchstdauer auf 6 Monate beschränkt.

25 Siehe Renner, Günter (1999): Ausländerrecht, Kommentar, § 57 AuslG, Randnummer 5.

26 Die Abschiebehaft ist zudem aus einem anderen Grunde nicht vergleichbar. Sie gilt für Ausländer/innen, die keinen gültigen Aufenthaltsstatus in Deutschland haben. Nach den geltenden Bestimmungen dürfen sie sich nicht mehr in Deutschland aufhalten. Das ist eine Hauptvoraussetzung für die Abschiebung. Bei der präventiven Sicherungshaft dürfen sich die davon betroffenen Personen jedoch hier aufhalten.

27 Siehe hierzu die Kommentierung in Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas (2003): Strafgesetzbuch und Nebengesetze, § 129 b) StGB, Randnummer 10.

28 Siehe § 100 a und § 100 c StPO.



Bestimmungen beim Verdacht der Bildung oder Unterstützung einer terroristischen Vereinigung Ermittlungsmaßnahmen im Vorfeld einleiten, die im Ergebnis dazu führen können, dass die betroffenen Personen von weiteren Straftaten abgehalten werden können.<sup>29</sup>

### Androhung einer Straftat

Weiter ist § 126 StGB zu nennen, der einen Strafraum bis zu drei Jahren vorsieht, sollte jemand den öffentlichen Frieden mittels Androhung einer Straftat gefährden. Die im Tatbestand genannten Straftaten umfassen neben der schweren Körperverletzung auch Mord, Totschlag sowie andere Verbrechen (wie die Brandstiftung). Auch diese Norm eignet sich jetzt schon dazu, auf terroristische Bedrohungen zu reagieren.

### Versuchte Anstiftung zum Verbrechen

Einschlägig ist ferner § 30 StGB. Danach wird der Versuch, einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen, unter Strafe gestellt. § 30 StGB umfasst damit schon alle Fälle, in denen eine Person, die eine terroristische Straftat plant, versucht, eine andere Person in ihren Plan einzuweihen und für einen Anschlag zu gewinnen. Das Strafrecht kann auch in dieser Konstellation schon im Vorfeld reagieren, bevor es zu einer konkreten Rechtsguts-

verletzung des Lebens oder des Eigentums anderer Personen kommen kann.

### Zwischenergebnis

Diese knappe exemplarische Übersicht verdeutlicht die Möglichkeiten, wie auf Gefahren schon im Vorfeld mit den strafrechtlichen Bestimmungen reagiert werden kann. Voraussetzung ist in jedem Fall aber ein *tatsächliches Handeln*, in dem sich der Wille sowohl zur Verletzung konkreter wie auch abstrakter Rechtsgüter bereits manifestiert hat. Bloße Verdachtsmomente können in einem Rechtsstaat hingegen nicht als Anknüpfungspunkte für strafrechtliche Sanktionen gelten. Außerdem ist es dem Staat verwehrt, eine Gesinnung (etwa ein allgemeines „Sympathisantentum“) zu pönalisieren, die sich noch nicht in tatsächlichem Verhalten niedergeschlagen hat.

## 4.2 Polizeirechtliche Bestimmungen

Im Unterschied zum Strafrecht, das stets retrospektiv an eine bereits geschehene Straftat anknüpft, ist das Polizeirecht präventiv orientiert. Es zielt auf die Gefahrenabwehr.

Betrachtet man das geltende Polizeirecht in den Bundesländern, zeigt sich, dass Personen

schon jetzt vorübergehend in Gewahrsam genommen werden können. Dies gilt insbesondere im Wege des Sicherungsgewahrsams, um eine unmittelbar bevorstehende Begehung einer Straftat zu verhindern.<sup>30</sup> In einigen Bundesländern kann die Polizei danach betroffene Personen bis zu zwei Wochen in Gewahrsam nehmen.<sup>31</sup> Damit ist aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts die Grenze des möglichen rein polizeirechtlichen Freiheitsentzuges erreicht.<sup>32</sup>

## 4.3 Landesrechtliche Bestimmungen zum Unterbringungsgewahrsam psychisch kranker Menschen

Die deutsche Rechtsordnung kennt einen weiteren Bereich, in dem mutmaßlich gefährliche beziehungsweise gefährdete Personen für eine bestimmte Zeit in Gewahrsam genommen werden können. Die Landesgesetzgeber haben zum Zwecke der Unterbringung psychisch kranker Menschen Regelungen erlassen, die es den Behörden ermöglichen, psychisch kranke Menschen auch gegen ihren Willen in einem geeigneten Krankenhaus unterzubringen und

festzuhalten. Auf die grundsätzliche Problematik, die aus menschenrechtlicher Sicht in der zwangsweisen Unterbringung liegt, kann hier nicht eingegangen werden.<sup>33</sup> Dass Landesgesetze zur Unterbringung psychisch kranker Menschen keineswegs geeignet sind, potentielle Attentäter/innen an ihren Ausführungen zu hindern, ist indessen offensichtlich. Sie betreffen einen ganz anderen Personenkreis, nämlich psychisch erkrankte Menschen, und verfolgen daher einen völlig anderen Zweck als den der polizeirechtliche Gewahrsam zur Gefahrenabwehr. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Schleswig-Holsteinisches Gesetz, das hier exemplarisch herangezogen werden soll: „Psychisch kranke Personen können gegen oder ohne ihren Willen in einem geeigneten Krankenhaus untergebracht werden, wenn und solange sie infolge ihrer Krankheit ihr Leben, ihre Gesundheit oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährden und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann.“<sup>34</sup>

### Zwischenergebnis

Nach der hier geführten Analyse zeigt sich, dass dem Staat schon jetzt ein komplexes Instrumentarium zur Verfügung steht. Dass

29 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die genannten strafrechtlichen Bestimmungen aus rechtsstaatlicher Sicht nicht unumstritten sind, da sie nicht bei einer konkreten Rechtsgutsverletzung wie das Leben oder die Freiheit ansetzen, sondern abstrakte Rechtsgüter schützen, wie die innere Sicherheit. Siehe Rudolphi, Hans-Joachim: Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus. In: Juristische Arbeitsblätter 1979, S. 2; Birkenmaier, Werner: Mit falschen Mitteln gegen den Terror. In: Deutsche Richterzeitung 1987, S. 68.

30 Vgl. Marschner, Rolf: Materielles Freiheitsentziehungsrecht, Randnummern 47-51. In: Marschner, Rolf / Volckart, Bernd (2001): Freiheitsentziehung und Unterbringung.

31 Vgl. hierzu das hamburgische Polizeirecht § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 c Abs. 1 des Gesetzes zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) vom 14.03.1966, zuletzt geändert durch Gesetz vom 06.10.2005. Ähnliche Regelungen finden sich im bayerischen Polizeirecht in Art. 17 in Verbindung mit Art. 20 Polizeiaufgabengesetz vom 14.09.1990, zuletzt geändert am 25.10.2000 sowie in Baden-Württemberg in § 28 des baden-württembergischen Polizeigesetzes vom 13.01.1992, zuletzt geändert am 01.07.2004.

32 BVerfG: Urteil vom 10.02.2004, Aktenzeichen 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Zeile 111.

33 Siehe hierzu kritisch: Marschner, Rolf: Die Ländergesetze zur Unterbringung psychisch kranker und süchtiger Menschen, Randnummern 40 und 41. In: Marschner, Rolf / Volckart, Bernd (2001): Freiheitsentziehung und Unterbringung.

34 § 7 Abs. 1 des Gesetzes zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen vom 14.01.2000.



damit für jeden denkbaren Bedrohungsfall ein passendes strafrechtliches oder polizeirechtliches Instrument bereit stehen würde, wird jedoch niemand behaupten wollen; ein solches Versprechen absoluter Sicherheit wäre aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen allerdings von vornherein nicht einlösbar. Von einer Schutzlücke, die so gravierend ist, dass sie mit den bestehenden Instrumenten überhaupt nicht zu bearbeiten wäre, kann jedenfalls nicht die Rede sein.

## 5 Grund- und menschenrechtliche Vorgaben

Die Einführung einer präventiven Sicherungshaft zum Zweck der Terrorismusabwehr wäre ein Bruch mit der Logik des Rechtsstaats, der sich durch den in der Würde des Menschen begründeten Respekt vor der gleichen Freiheit eines/einer jeden definiert. Zur Vertiefung dieses Arguments sollen im Folgenden die einschlägigen menschenrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes, der Europäischen Menschenrechtskonvention beziehungsweise ergänzender Instrumente analysiert werden.

### 5.1 Freiheit der Person nach dem Grundgesetz

#### Eingriff in das Freiheitsrecht

Die präventive Sicherungshaft hat zum Ziel, einer Person ihre Freiheit zu entziehen. Aus diesem Grund müssen Art. 2 Abs. 2 S. 2 sowie Art. 104 Abs. 1 GG, die die körperliche Bewegungsfreiheit der Person schützen, als Maßstab herangezogen werden. Ein Blick auf diese beiden Bestimmungen verdeutlicht, dass das Freiheitsgrundrecht wegen seiner Bedeutung für die freie Entfaltung des Menschen in der Verfassung einen hohen Rang unter den Grundrechten einnimmt.<sup>35</sup> Es bildet den Legitimationsgrund der staatlichen Rechtsordnung. Deshalb fordert Art. 104 GG ein förmliches Gesetz als Grundlage für den Freiheitsentzug wie auch die Einhaltung besonderer Verfahrensgarantien.<sup>36</sup>

Neben diesen formellen Anforderungen an ein Gesetz mit freiheitsentziehender Zielrichtung müssen auch inhaltliche Grenzen beachtet werden, die sich aus der Verfassung ergeben. Hervorzuheben ist als Teil des Rechtsstaatsprinzips der verfassungsrechtliche Grundsatz der Bestimmtheit von Rechts-

vorschriften. Er besagt, dass eine gesetzliche Ermächtigung der Exekutiven zur Vornahme von Verwaltungsakten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein muss, so dass das Handeln der Verwaltung messbar und in gewissem Ausmaß für den/die Betroffene/n voraussehbar und berechenbar wird.<sup>37</sup>

Freiheitseingriffe unterliegen zudem einem besonderen Rechtfertigungserfordernis. Sie sind nur zulässig, wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit unter Abwägung der jeweiligen Interessen dies erfordert,<sup>38</sup> der Eingriff somit verhältnismäßig ist.

#### Begriff der Gefahr

Der kritische Punkt, der bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer präventiven Sicherungshaft genauer betrachtet werden muss, ist der Begriff der Gefahr. Die Befürworter einer solchen Regelung gehen davon aus, dass es für den Freiheitsentzug genüge, wenn von der betroffenen Person eine „objektive und konkrete Gefahr“ ausgehe. Bei genauer Betrachtung ergeben sich allerdings zwei rechtliche Problemfelder – das Verhältnis von konkreter und unmittelbar bevorstehender Gefahr sowie polizeiliche Vorfeldmaßnahmen –

die im Folgenden näher analysiert werden sollen.

Die bestehenden polizeirechtlichen Bestimmungen der Länder zum Sicherungsgewahrsam<sup>39</sup> sehen vor, dass ein Freiheitsentzug nur gerechtfertigt ist, wenn die Gefahr *unmittelbar* bevorsteht, die Gefahr, wie die Begehung einer Straftat, sich demnach sofort oder in allernächster Zeit verwirklicht. Wegen des verfassungsrechtlich besonders geschützten Freiheitsrechts sehen diese Bestimmungen höhere Anforderungen für die Annahme einer Gefahr vor. Es genügt eben nicht, dass eine konkrete Gefahrenlage vorliegt, von der die Befürworter der präventiven Sicherungshaft sprechen. Vielmehr ist der Freiheitsentzug nur gerechtfertigt, wenn er der Verhinderung der *unmittelbar bevorstehenden Begehung* oder Fortsetzung einer Straftat dient.<sup>40</sup>

Es bleibt festzuhalten, dass der Vergleich einen Widerspruch aufzeigt. Der höchstens 14tägige polizeirechtliche Sicherungsgewahrsam darf nur durchgesetzt werden, wenn eine *unmittelbar bevorstehende* Gefahrenlage vorliegt. Die präventive Sicherungshaft hingegen soll schon bei einer konkreten Gefahrenlage anwendbar sein, deren Voraus-

<sup>35</sup> So auch BVerfG: Urteil vom 05.02.2004, Aktenzeichen 1 BvR 2019/01, Zeile 98.

<sup>36</sup> Art. 104 Abs. 1 GG: „Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und unter der Beachtung der darin vorgeschriebenen Form beschränkt werden.“

Art. 104 Abs. 2 GG: „Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen.“

<sup>37</sup> Vgl. dazu Jarass, Hans / Pieroth, Bodo (2006) Grundgesetz, Kommentar, Art. 20, Randnummer 61.

<sup>38</sup> BVerfG: Urteil vom 05.02.2004, Aktenzeichen 1 BvR 2019/01, Zeile 98.

<sup>39</sup> Die Polizei kann gemäß den Voraussetzungen der geltenden Bestimmungen Personen je nach Bundesland bis zu 14 Tage in Gewahrsam nehmen. Ein Grund für den Sicherungsgewahrsam liegt beispielsweise in der Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Begehung einer Straftat.

<sup>40</sup> Siehe zum Beispiel: § 32 Abs. 1 Nr. 2 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 26.06.1990, in der Fassung vom 14.01.2005; § 204 Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein in der Fassung vom 02.06.1992, zuletzt geändert durch Gesetz am 15.03.2006. Siehe dazu auch BVerwG: Urteil vom 26. Februar 1974, Aktenzeichen BVerwG I C 31.72. In: BVerwGE, Bd. 45, S. 57.

setzungen jedoch viel niedriger sind. Es ist offensichtlich, dass eine solche Regelung nicht dem verfassungsrechtlich besonders geschützten Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG genügen kann.

Trotz des Begriffs einer konkreten Gefahr als Voraussetzung würde der Gesetzgeber mittels einer präventiven Sicherungshaft Vorfeldmaßnahmen ergreifen, die er zudem besonders rechtfertigen müsste. Nach den bisherigen Überlegungen zur Sicherungshaft hätten die zuständigen Behörden die Verpflichtung, an Hand von Tatsachen eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob von der betroffenen Person eine konkrete Gefahr ausgeht. Das ist zwar eine typische Überlegung im Polizeirecht, wonach eine Gefahr dann angenommen wird, wenn „eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird“<sup>41</sup>. Diese Umschreibung ist jedoch für den Personenkreis, den der Gesetzgeber mit der präventiven Sicherungshaft im Blickfeld haben könnte, kaum geeignet, eine für die Mitmenschen gefährliche Situation festzustellen. Wann entwickelt sich ein Prediger zu einer konkreten Gefahr? Wann verhalten sich ausländische Studenten so

auffällig, dass sie als gefährlich gelten können? Wie ist es mit dem jungen Marokkaner, der auf seiner Festplatte eine Anleitung gespeichert hat, die den Bau einer kleinen Rucksackbombe beschreibt? Liegt dann schon eine konkrete Gefahr eines Bombenanschlags vor – oder ist für die Annahme der Gefahr zusätzlich notwendig, dass eben dieser Mann eine Moschee besucht, die für ihre radikale Interpretation des Koran bekannt ist? Noch schwieriger ist es bei solchen Personen, die durch ihre Äußerungen auffallen und denen die Polizei keine Kontakte zu terroristischen Gruppen nachweisen kann. Stellt eine muslimische junge Frau eine konkrete Gefahr dar, wenn sie von Dritten mit der Aussage zitiert wird, dass das Ende der westlichen Zivilisation für sie heilsbringende Bedeutung hätte? Bei einer – auch nur oberflächlichen – Analyse zeigt sich, dass es kaum möglich ist, den Begriff einer konkreten Gefahr in der Praxis zu nutzen, ohne den Bereich der Vorverlagerung von Eingriffsbefugnissen zu berühren.<sup>42</sup>

In der Diskussion um die präventive Sicherungshaft und den Begriff der konkreten Gefahr, wie er dort benutzt wird, geht es eher darum, den klassische Gefahrenbegriff mehr und mehr gegen einen neuen, „vorverlagerten“ Gefahrenbegriff einzutauschen, um

Handlungen des Staates im Vorfeld zu ermöglichen.<sup>43</sup> Der Gesetzgeber hätte daraus die Konsequenz zu ziehen, die besonderen Grenzen, die sich aus Vorfeldmaßnahmen ergeben, zu berücksichtigen. Als Maßstab können hier die Voraussetzungen herangezogen werden, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Niedersächsischen Polizeigesetz aufgestellt hat.<sup>44</sup> Dort urteilt das Gericht: „Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so hat er die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist.“<sup>45</sup> Übertragen auf die präventive Sicherungshaft bedeutet das, dass eine Haft nur auf der Grundlage eines Gesetzes angeordnet werden dürfte, das sowohl die Straftaten wie auch die Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, bestimmt umschreibt. Da die präventive Sicherungshaft in der Rechtsfolge die körperliche Bewegungsfreiheit einer Person entzieht, sind an die Bestimmtheit besonders hohe Anforderungen zu stellen. Der Begriff der „konkreten Gefahr“ kann diesen Anforderungen offensichtlich nicht genügen. Der bloße Verweis auf die konkrete Gefahr

ist auch aus einem weiteren Grund problematisch. Jede Person muss in die Lage versetzt werden, die Handlungen des Staates und seiner Organe vorhersehen zu können. Sie muss sich darauf einstellen können, mit welchen Konsequenzen sie zu rechnen hat.<sup>46</sup> Mit Blick auf den besonders hohen Rang, den die Freiheit unter den Grundrechten einnimmt, kommt dieser Voraussetzung eine besondere Bedeutung zu. Jede Person muss wissen, wann der Staat ihre Handlungen als so gefährlich ansieht, dass sie inhaftiert werden kann.

### Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs

Der Gesetzgeber dürfte ferner in die Freiheitsrechte nur eingreifen, wenn dieser Eingriff dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, das heißt, wenn der Freiheitsentzug geeignet, erforderlich und verhältnismäßig wäre. Je länger der Freiheitsentzug dauert, umso strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit.<sup>47</sup> Auf der Grundlage dieses Prinzips müsste in einem letzten Schritt geklärt werden, wie die sich widerstreitenden Interessen in Ausgleich gebracht werden können. Für die Sicherungshaft bedeutet dies, dass der Gesetzgeber das Freiheitsrecht des Betroffenen mit dem Bedürfnis der Allgemeinheit, sich vor Gefahren zu schützen, gegeneinander abwägen müsste.

41 BVerwG: Urteil vom 26.02.1974, Aktenzeichen BVerwG I C 31.72. In: BVerwGE, Bd. 45, S. 57. Im Niedersächsischen Polizeirecht wurde die Definition in das Gesetz aufgenommen. § 2 Nr. 10 NdsSOG: „Gefahr ist eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eintreten wird.“

42 Vgl. zu dieser Diskussion Müller, Reinhard: Terroristen nach Helgoland. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung (09.08.2005), S. 1.

43 So auch Hetzer, Wolfgang: Terrorabwehr im Rechtsstaat. In: Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, S. 134.

44 BVerfG: Urteil vom 27.07.2005, Aktenzeichen 1 BvR 668/04.

45 BVerfG: Urteil vom 27.07.2005, Aktenzeichen 1 BvR 668/04, Zeile 122.

46 Vgl. BVerfG: Urteil vom 27.07.2005, Aktenzeichen 1 BvR 668/04, Zeilen 116–119.

47 Vgl. BVerfG: Beschluss vom 08.10.1985, Aktenzeichen 2 BvR 1150/80 und 1504/82. In: BVerfGE, Band 70, S. 315.

Die besondere Problematik liegt darin, dass der Freiheitsentzug auf der Grundlage einer Gefahrenprognose vollzogen werden müsste. Auch wenn Polizei und andere Behörden konkrete Informationen darüber gesammelt haben, die den Schluss nahe legen, eine bestimmte Person könnte einen Anschlag verüben oder eine terroristische Gruppe unterstützen, so bleibt es dabei, dass das Gericht auf der Grundlage einer Gefahrenprognose entscheiden müsste.

Mit Blick auf die Frage, wie das Freiheitsrecht und die Interessen der Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen sind, ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufschlussreich, die es zur Unterbringung von Straftätern – nach ihrer Verbüßung der Strafe – auf der Grundlage von landesgesetzlichen Bestimmungen getroffen hat. Das Gericht hält über den Fall hinausgehend folgendes fest: „Dagegen wäre die längerfristige Verwahrung (über 14 Tage, sic) eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zwecke der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung einer Straftat mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“<sup>48</sup> Diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts lässt sich auf die Fallkonstellation der präventiven Sicherungshaft übertragen. Denn sie sieht gerade die längerfristige Verwahrung über 14 Tage einer psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbe-

steten Person zum Zwecke der Gefahrenabwehr vor. Die präventive Sicherungshaft stünde somit in einem klaren Widerspruch zu der in diesem Urteil vom Gericht gefundenen Rechtsansicht.

Das Gericht geht beim Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit einer Freiheitsentziehung noch auf einen weiteren Aspekt ein: „Denn es ist (...) gerade und ausschließlich das schwerwiegende und dem Betroffenen zurechenbare Indiz der Anlasstaten, welches den Staat berechtigt, die Gefährlichkeit seiner Bürger zu überprüfen und auf das Ergebnis dieser Überprüfung eine langfristige schuldunabhängige Freiheitsentziehung zu gründen.“<sup>49</sup> Damit hebt das Gericht die Bedeutung einer abgeurteilten Straftat hervor, die als Indiz für die Entscheidung herangezogen werden muss. Das ist etwas, was einer präventiven Sicherungshaft in den Voraussetzungen fehlen würde.

## 5.2 Gleichbehandlungsgebot nach dem Grundgesetz

In der Diskussion um die Einführung einer präventiven Sicherungshaft zeigte sich, dass sie ausschließlich für Ausländer gelten soll. Eine solche Regelung nur für Frauen und Männer ohne deutsche Staatsbürgerschaft steht im Konflikt mit dem menschenrechtlichen Gleichheitsprinzip, das Art. 3 des Grund-

gesetzes zugrunde liegt. Das Grundgesetz hält ausdrücklich fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind.<sup>50</sup> Das schließt eine Differenzierung zwar nicht grundsätzlich aus. Verfassungsrechtlich geboten ist jedoch eine Überprüfung des Differenzierungsgrundes. Diese Prüfung fällt umso strenger aus, wenn die Ungleichbehandlung an Differenzierungsmerkmale anknüpft, die nicht durch das eigene Verhalten beeinflusst werden können.<sup>51</sup> Das Bundesverfassungsgericht hält ferner fest: „Für den Gesetzgeber ergeben sich aber aus dem allgemeinen Gleichheitssatz umso engere Grenzen, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.“<sup>52</sup>

Bei der präventiven Sicherungshaft liegt der Differenzierungsgrund in der Staatsangehörigkeit. Das ist ein Umstand, auf den lediglich durch die Einbürgerung Einfluss genommen werden kann. Zudem erfüllt die präventive Sicherungshaft auch das zweite Kriterium: Es zielt auf den Entzug der grundrechtlich geschützten körperlichen Bewegungsfreiheit.

Für den Gesetzgeber ergeben sich daraus enge Grenzen, in denen eine Ungleichbehandlung von deutschen Staatsangehörigen und von Nichtstaatsangehörigen gerechtfertigt wäre.<sup>53</sup> Die Ungleichbehandlung und der rechtfertigende Grund müssen gegeneinander abge-

wogen werden; sie müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.<sup>54</sup>

Die Ungleichbehandlung ist darin zu sehen, dass gewaltbereite Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit nicht präventiv inhaftiert werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gibt es keinen Grund, der die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte. Es stellt sich zuerst sogar die Frage, worin der Grund für die Ungleichbehandlung liegen soll. Liegt er in der Annahme, dass ausländische, gewaltbereite Personen gefährlicher sind als inländische Personen? Die jüngste deutsche Geschichte hat am Beispiel der Roten Armee Fraktion gezeigt, dass das nicht der Fall ist. Ein Blick in das europäische Ausland zeigt das gleiche Bild. In Spanien war es die ETA und in Nordirland die IRA, die mittels terroristischer Aktivitäten durch inländische Anhänger Unheil angerichtet haben. Als nächstes Argument könnten die Befürworter der präventiven Sicherungshaft vorbringen, dass die Gefahr, die von einzelnen ausländischen Personen ausgehe, nur so zu unterbinden wäre. Wie ist das allerdings mit Blick auf deutsche Gruppen zu rechtfertigen, die dazu tendieren, die Rechtsordnung zu missachten? Könnte in Zukunft ein deutscher Neonazi, dem man Gewaltbereitschaft unterstellt, in Haft genommen werden? Auch hier besteht die Möglichkeit, dass in Zukunft Straftaten begangen

<sup>48</sup> BVerfG: Urteil vom 10.02.2004, Aktenzeichen 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, Zeile 111.

<sup>49</sup> Ebd. Diese Aussage hat das Gericht als obiter dictum getätigt.

<sup>50</sup> Art. 3 Abs. 1 GG.

<sup>51</sup> BVerfG: Beschluss vom 06.07.2004, Aktenzeichen 1 BvL 4, 5, 6/97, Zeile 47 für den ausländerrechtlichen Status einer Person.

<sup>52</sup> BVerfG: Beschluss vom 06.07.2004, Aktenzeichen 1 BvL 4, 5, 6/97, Zeile 46.

<sup>53</sup> Vgl. Jarass, Hans / Pieroth, Bodo (2006) Grundgesetz, Kommentar, Art. 3 Randnummer 20.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfG: Beschluss vom 06.07.2004, Aktenzeichen 1 BvL 4, Zeile 43.

werden. Diese Überlegung lässt sich problemlos fortsetzen. Wie soll die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden, wenn die potentiellen Attentäter/innen beispielsweise die deutsche Staatsbürgerschaft haben?

Eine Ungleichbehandlung liefe faktisch auf einen grundsätzlich geringeren Rechtsstatus von Ausländer/innen hinaus, der aber im grundrechtlichen Bereich des Gleichheitssatzes keinen Bestand haben kann.<sup>55</sup> Es darf keinen für eine spezielle Personengruppe geschaffenen Rechtsrahmen geben, innerhalb dessen andere Normen gelten sollen. Eine andere Sichtweise würde das Prinzip der menschenrechtlich verbürgten Gleichheit in Frage stellen und einen Sonderstatus künstlich kreieren. Dies gilt insbesondere für die körperliche Bewegungsfreiheit, die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG als so genanntes „Jedermann-Recht“ ausgestaltet ist. Vor allem an Hand der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes verdeutlicht sich, dass eine Ungleichbehandlung mittels der präventiven Sicherungshaft die Grundfesten des demokratischen Rechtsstaates ändern würde, da sie auf ein „Feindrecht“ hinausliefe.<sup>56</sup>

Es bleibt festzuhalten, dass die präventive Sicherungshaft Art. 2 GG und Art. 3 GG verletzen würde und sie daher nicht verfassungsgemäß wäre.

### 5.3 Recht auf Freiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention

Eine Regelung zur präventiven Sicherungshaft scheitert auch mit Blick auf die Verpflichtungen Deutschlands aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).<sup>57</sup> Auch wenn die EMRK innerhalb der deutschen Rechtsordnung den Rang eines einfachen Gesetzes einnimmt, so sind doch alle staatlichen Organe grundsätzlich an die Beachtung der EMRK und die durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ergangenen Entscheidungen gebunden.<sup>58</sup>

Art. 5 EMRK verbürgt das zentrale Menschenrecht auf Freiheit. Dieses gilt zwar nicht einschränkungslos. Entscheidend ist aber, dass die legitimen Gründe für eine Freiheitsentziehung in Art. 5 EMRK umfassend normiert sind, somit staatlichem Ermessen bei der

Inhaftierung klare Grenzen gesetzt sind.<sup>59</sup> Besonders streng sind die Grenzen legitimer Freiheitsbeschränkungen für den Fall von präventiven Maßnahmen geregelt; diese sind nur möglich, wenn ein begründeter Anlass besteht, dass eine Person eine bestimmte Straftat begehen möchte und daran gehindert werden soll.<sup>60</sup> Die EMRK gestattet daher keine Inhaftierung als generalpräventive Maßnahme, die sich lediglich auf den Verdacht verbrecherischer Absichten gründet.<sup>61</sup>

Diese enge Auslegung bedeutet, dass eine präventive Sicherungshaft mit Art. 5 c) EMRK nicht vereinbar wäre. Mit Blick auf diese Norm darf keine Person präventiv in Haft genommen werden, wenn nur vermutet wird, dass sie in Zukunft eine Straftat begehen möchte. Vielmehr müssen konkrete Gründe vorliegen, die auf eine bestimmte künftige strafbare Handlung schließen lassen.

Kein anderes Ergebnis ergibt sich im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 f) EMRK. Danach darf die Freiheit der Person entzogen werden, sollte ihr gegenüber ein Ausweisungsverfahren im Gange sein.<sup>62</sup> Die Bestimmung darf allerdings nicht so verstanden werden, dass lediglich eine Ausweisung beabsichtigt oder möglich sein müsste, um einen Ausländer zu inhaftieren. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mehrfach entschieden, dass der Freiheitsentzug nur gerechtfertigt ist, solange die Behörden die Ausweisung tatsächlich verfolgen.<sup>63</sup> Das Ausweisungsverfahren muss folglich betrieben werden. Da die präventive Sicherungshaft Ausländer/innen betreffen soll, die nicht im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens abgeschoben werden können, könnte ein solches Gesetz Art. 5 Abs. 1 f) EMRK nicht als menschenrechtlich gerechtfertigten Haftgrund heranziehen.

55 Der Verweis, bei der Abschiebehaft können Ausländer/innen schon jetzt inhaftiert werden, greift ebenfalls nicht. Wie sich gezeigt hat, liegt der Abschiebehaft eine eigene Rechtfertigung zugrunde. Mit ihr soll die Abschiebung eines Ausländers vorbereitet und gesichert werden. Die präventive Sicherungshaft verfolgt mit der Abwehr von potentiellen Gefahren eine völlig andere Richtung.

56 Vgl. dazu Jakobs, Günther: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. In: HRRS, Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtssprechung im Strafrecht, Ausgabe 3/2004, S. 92.

57 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 03.09.1953. Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des Protokolls Nr. 11. In: BGBl. 2002 II S. 1054.

58 Art. 1 EMRK verpflichtet die Hohen Vertragsparteien „allen Ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten“ zuzusichern. Danach sind alle Formen der Staatsgewalt, Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, an Art. 1 EMRK gebunden. Vgl. zur Bindung der EMRK auch BVerfG: Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Zeilen 45–46.

59 EGMR: Urteil vom 29.02.1988, Antragsnummer 9106/80, Ziffer 43: „This Article (art 5-1) sets out an exhaustive list which must be interpreted **strictly**.“

60 Art. 5 Abs. 1 c) EMRK: „Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, (...) wenn begründeter Anlass zur Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie [die Person, sic] an der Begehung einer Straftat zu hindern.“ Siehe auch EGMR: Urteil vom 6.11.1980, Antragsnummer 7367/76, Ziffer 102 „...it does no more than afford the Contracting States means of preventing a **concrete and specific offence**.“

61 Vgl. dazu EGMR: Urteil vom 6.11.1980, Antragsnummer 7367/76, Ziffer 102; EGMR: Urteil vom 22.2.1989, Antragsnummer 11152/84, Ziffer 40. Peukert, Wolfgang: Art. 5, Randnummer 81. In: Frowein, Jochen / Peukert, Wolfgang (1996): Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar.

62 Art. 5 Abs. 1 f) EMRK: „Die Freiheit darf nur in folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentzug (...) bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.“

63 EGMR: Urteil vom 15.11.1996, Antragsnummer 22414/93, Ziffer 113: „The Court recalls, however, that any deprivation of liberty under Article 5 para 1 (f) (art. 5-1-f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress.“

#### 5.4 Diskriminierungsverbot nach der Europäischen Menschenrechtskonvention

Die EMRK enthält in Art. 14 im Hinblick auf die in der Konvention gewährleisteten Rechte ein Diskriminierungsverbot.<sup>64</sup> Danach ist es in aller Regel untersagt, Freiheitsrechte allein auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit unterschiedlich zu gewährleisten. Für eine Einschränkung der Konventionsrechte aufgrund einer Ungleichbehandlung hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Grundsätze festgehalten. Danach geht der Gerichtshof von einer Diskriminierung aus, wenn der Ungleichbehandlung eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung fehlt. Die Ungleichbehandlung muss mit Blick auf ein legitimes Ziel verhältnismäßig sein, wobei der Gerichtshof den Konventionsstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum einräumt.<sup>65</sup> Er stellt allerdings besonders hohe Voraussetzungen auf, sollte eine Ungleichbehandlung ausschließlich auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit vorliegen. Die Konventionsstaaten müssen darlegen, dass besonders

schwerwiegende Gründe vorliegen, die eine Ungleichbehandlung notwendig machen.<sup>66</sup>

Es steht außer Frage, dass terroristische Aktivitäten besonders gefährlich sind. Wie zu Art. 3 GG allerdings schon gesagt, widerspricht es der Erfahrung, dass terroristische Gewalt nur von Ausländer/inne/n ausgeht. Es ist daher mehr als fraglich, ob die Aussage, einige Ausländer/innen seien zu terroristischen Handlungen im Inland bereit, als besonders schwerwiegender Grund im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte angesehen werden kann.

Die britische Regelung der präventiven Sicherungshaft, die „Administrative Detention“ im Anti-Terror Act aus dem Jahre 2001, erklärten die britischen Lordrichter mit den Grundsätzen der EMRK für nicht vereinbar.<sup>67</sup> Es sei im Blick auf Art. 14 EMRK nicht zu rechtfertigen, eine Gruppe Terrorverdächtiger zu inhaftieren, die auf der Grundlage ihrer Staatsangehörigkeit definiert wird, und eine andere Gruppe Terrorverdächtiger nicht.<sup>68</sup>

64 Art. 14 EMRK: „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

65 EGMR: Urteil vom 30.09.2003, Antragsnummer 40892/98, Ziffer 46.

66 Ebd.

67 House of Lords: Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause, A and others vs. Secretary of the State for the Home Department, 16.12.2004, UKHL 56, Ziffer 73.

68 House of Lords: a.a.O., Ziffer 68.

#### 5.5 Diskriminierungsverbot nach UN-Antirassismuskonvention

Ergänzend zu den Vorgaben der EMRK sei darauf hingewiesen, dass auch der UN-Fachausschuss gegen rassische Diskriminierung (CERD) für staatliche Ungleichbehandlung von Personen auf Grund der Staatsangehörigkeit eine besondere Begründungslast postuliert.<sup>69</sup> Andernfalls sieht er darin eine unzulässige Diskriminierung. Der Ausschuss betont in diesem Zusammenhang die Pflicht der Vertragsstaaten sicherzustellen, dass Maßnahmen im Kampf gegen den Terrorismus keinerlei diskriminierende Folgen für Nicht-Staatsangehörige haben dürfen.<sup>70</sup>

### 6 Handeln im Notstand?

In der politischen Diskussion um den Kampf gegen den Terrorismus wird häufig darauf verwiesen, dass die westlichen Demokratien sich in einer besonderen Gefahrenlage befänden. Da terroristische Bedrohungen nicht anders bekämpft werden könnten, müssten besondere Mittel und Instrumente genutzt werden, die im Ausnahmefall dazu führten, menschenrechtliche Verpflichtungen zu derogieren.

In Notstandssituationen oder in besonderen Ausnahmesituationen sind allerdings die Vorgaben des Grundgesetzes und der EMRK zu berücksichtigen. Sie schreiben vor, wann eine Notsituation vorliegt und welche besonderen Befugnisse für den Staat sich daraus ergeben. Diese Vorschriften machen deutlich, dass auch im Notstand rechtliche Normen greifen.

#### 6.1 Notstand im Grundgesetz

Das Grundgesetz unterscheidet verschiedene Formen der Notstandsfälle mit unterschiedlichen Rechtsfolgen. Neben dem Verteidigungsfall und dem Katastrophennotstand auf Grund von Naturereignissen nehmen unterschiedliche Artikel im Grundgesetz *die Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung* zum Anlass, dem Gesetzgeber und der Regierung besondere Ermessensspielräume zuzusprechen.<sup>71</sup>

Im Einzelnen kann so beispielsweise das Briefgeheimnis wie auch das Freizügigkeitsrecht eingeschränkt werden. Für das Freizügigkeitsrecht, das mit dem Freiheitsrecht am ehesten verwandt ist, kommt eine Einschränkung nur in Betracht, wenn eine Gefahr für den Bestand oder die freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Bundes oder eines Landes (innerer

69 UN-Fachausschuss gegen Rassendiskriminierung (CERD): Allgemeine Bemerkung Nr. 30, 64. Sitzung vom 23.02.2004 bis 12.03.2004, CERD/C/64/Misc.11/rev.3. "Discrimination against non-citizens."

70 UN-Fachausschuss gegen Rassendiskriminierung: Allgemeine Bemerkung 30, Randnummer 10: "Ensure that any measures taken in the fight against terrorism do not discriminate, in purpose or effect, on the grounds of race, colour, descent, or national or ethnic origin and that non-citizens are not subject to racial or ethnic profiling or stereotyping;"

71 Unter anderem Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG (Briefgeheimnis), Art. 11 Abs. 2 GG (Freizügigkeit) und Art. 21 Abs. 2 GG (Parteienverbot) sowie in Art. 91 GG.

Notstand) besteht. Damit ist gemeint, dass die elementaren demokratischen Grundnormen wie Menschenwürde, Volkssouveränität und Rechtsstaatlichkeit in Frage gestellt werden oder das staatliche Gemeinwesen in seiner physischen Form gefährdet ist.<sup>72</sup>

Das Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG kann hingegen nicht mit dem Verweis auf den inneren Notstand generell eingeschränkt werden, da Art. 2 Abs. 2 GG diese spezielle Eingriffsermächtigung nicht vorsieht.<sup>73</sup> Für die konkrete Frage der präventiven Sicherungshaft hat das zur Folge, dass der Gesetzgeber sich nicht auf die Gefahr für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung berufen kann, selbst wenn sie vorliegen sollte. Lediglich im Bereich der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann es zu anderen Gewichtungen kommen.

Ganz grundsätzlich bleibt festzuhalten, dass das Grundgesetz keine generalklauselartige Bestimmung enthält, nach der im Falle einer Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung der Gesetzgeber legitimiert werden könnte, alle aus seiner Sicht notwendigen Maßnahmen zu erlassen.<sup>74</sup> Auch in ei-

nem Notstandsfall für die demokratische Grundordnung hat er sich an den Voraussetzungen und Eingriffsmöglichkeiten des Grundgesetzes zu orientieren und den Verfahrensablauf zu achten.

## 6.2 Derogation im Notstand nach EMRK

Art. 15 EMRK räumt den Konventionsstaaten unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit ein, von den Verpflichtungen der EMRK abzuweichen.<sup>75</sup> Von einigen Bestimmungen, wie dem Folterverbot aus Art. 3 EMRK, können die Konventionsstaaten allerdings zu keinem Zeitpunkt absehen. Sollten die Konventionsstaaten einzelne Rechte derogieren wollen, so haben sie zwei materiell wichtige Kriterien zu beachten. Erstens muss eine außergewöhnliche Krisen- oder Notstandssituation vorliegen, welche die gesamte Bevölkerung betrifft. Dabei muss eine Bedrohung des organisierten Lebens der Gemeinschaft vorliegen, aus der sich der Staat zusammensetzt.<sup>76</sup> Zweitens müssen Maßnahmen, die von der EMRK abweichen, verhältnismäßig sein. Sie sind nur in dem Umfang zulässig,

den die jeweiligen Umstände erfordern. Formell sind die Konventionsstaaten verpflichtet, den Generalsekretär des Europarats umfassend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe zu unterrichten.<sup>77</sup>

Auf die Situation in Deutschland bezogen ist derzeit nicht ersichtlich, welche Gruppen oder welche Einzeltäter/innen das organisierte Leben ernsthaft als Ganzes gefährden sollten. Daher liegen die Voraussetzungen für die Derogation nicht vor.

Selbst wenn sich die Situation ändern sollte, so müssten die Maßnahmen immer noch im Sinne des Art. 15 EMRK unbedingt erforderlich sein. Es muss dabei eine konkrete Beziehung bestehen zwischen der Maßnahme und der Notlage. Da, wie oben schon ausgeführt, terroristische Gewalttaten nicht nur von ausländischen Staatsangehörigen verübt werden können, würde es auch an der speziellen Erforderlichkeit der präventiven Sicherungshaft fehlen.

In Deutschland liegt offensichtlich keine Situation vor, die es rechtfertigen könnte, ausnahmsweise im Sinne einer Notstandsmaßnahme von den Vorgaben aus dem GG oder der EMRK abzuweichen.

## 7 Gesamteinschätzung

Eine präventive Sicherungshaft zur Terrorismusabwehr wäre ein völlig neues Instrument in unserer Rechtsordnung. Nicht mehr die Straftat, sondern die bloße Realisierbarkeit einer Gefahrenlage würde den Freiheitsentzug begründen. Dies wäre eine Vorverlagerung freiheitsentziehender Maßnahmen, wie sie die deutsche Rechtsordnung bisher nicht kennt.

Die in manchen Diskussionsbeiträgen vorgebrachte Behauptung, in Deutschland gebe es eine massive Sicherheitslücke, ist falsch. Vielmehr kann der Staat mit den bestehenden rechtlichen Mitteln schon jetzt unterschiedlichsten Gefahren begegnen. Die gültigen Regelungen vor allem im Strafrecht räumen den zuständigen Behörden einen großen Handlungsspielraum ein – sowohl bei der Ermittlung terroristischer Aktivitäten wie auch für deren konkreten Verhinderung mittels Inhaftierung.

Der freiheitliche Rechtsstaat definiert sich durch die strikte Bindung an die Menschenrechte. In Krisen, wie sie derzeit durch den Terrorismus hervorgebracht werden, ist dieser Respekt gegenüber den Menschenrechten besonders wichtig. „Jede andere Wahl würde den Zielen der Terroristen dienen und die Fundamente unserer Gesellschaft unterwandern“, schrieb im Jahre 2005 der Generalsekretär des Europarates, Terry Davis, in seiner Einlei-

72 Heun, Werner, Art. 91, Randnummern 8–9. In: Dreier, Horst (Hg.) (2000): Grundgesetz Kommentar; Jarass, Hans / Pieroth, Bodo (2006): Grundgesetz, Kommentar, Art. 21, Randnummern 33–34.

73 Lediglich im Verteidigungsfall darf gemäß Art. 115 c Abs. 2 Nr. 2 GG von den Vorgaben des Richtervorbehaltes aus Art. 104 GG in engen Grenzen abgewichen werden.

74 Siehe Klein, Eckart: Der innere Notstand, § 169, Randnummer 46. In: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hg.) (1992): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII.

75 Art. 15 Abs. 1 EMRK: „Wird das Leben der Nation durch einen Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Maßnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahme nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien stehen.“

76 Grabenwarter, Christoph (2005): Europäische Menschenrechtskonvention, § 2 Randnummer 10.

77 Art. 15 Abs. 3 EMRK.



tung zu „Menschenrechte und der Kampf gegen den Terrorismus“.<sup>78</sup> Dieses Selbstverständnis freier Gesellschaften wird derzeit teilweise in Frage gestellt. Ein Blick auf die Diskussion in Großbritannien zeigt, dass dort die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in besonders sicherheitsrelevanten Bereichen als nicht mehr selbstverständlich gilt.<sup>79</sup> Als Rechte, die in der Menschenwürde ihren Grund haben, lassen die Menschenrechte sich gerade nicht gegen sicherheitspolitische Erwägungen aufrechnen. Dies zeigt auch der Blick auf positivierte Menschenrechtsnormen des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Obwohl menschenrechtliche Vorgaben und sicherheitspolitische Erwägungen immer wie-

der in Konflikt zueinander geraten werden, kann nicht die Rede davon sein, dass Menschenrechte und Sicherheit in einem generellen Antagonismus zueinander stünden. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass eine Politik, die darauf abzielte, jede überhaupt nur denkbare Sicherheitslücke um den Preis der menschenrechtlichen Verletzung des Freiheitsrechts schließen zu wollen, an anderer Stelle neue Sicherheitslücken aufreißt. Eine solche Politik wäre daher nicht nur menschenrechtlich illegitim, sondern auch sicherheitspolitisch unvernünftig. Umgekehrt gilt: Eine Politik strikter Achtung des menschenrechtlich verbürgten Freiheitsrechts stärkt auf lange Sicht die Handlungsfähigkeit eines Staates, da sie ihm die notwendige Glaubwürdigkeit und damit auch eine legitimierte Autorität verschafft.

<sup>78</sup> Council of Europe (Hg.) (2005): Human Rights and the fight against terrorism. The Council of Europe Guidelines, S. 5.

<sup>79</sup> Vgl. Nonnenmacher, Peter: Die Keule ausgepackt. In: Frankfurter Rundschau (10.08.2005), S. 3.